

Beschikking inzake klacht over tariefvaststelling door de Vereniging Medisch Specialisten Curaçao voor particuliere ziektekostenverzekerden

Zaaknummer: A.0027.18/1

Beschikking van de Fair Trade Authority Curaçao op grond van artikel 6.1, derde en vierde lid, van de Landsverordening inzake concurrentie (P.B. 2016, No. 16).

De Fair Trade Authority Curaçao heeft het volgende besloten:

I. Inleiding

1. Op 20 juli 2018 ontving de Fair Trade Authority Curaçao (hierna: “**FTAC**”) een aanvraag van de Curaçao and Bonaire Insurance Association (hierna: “**CBIA**”) om een beschikking te nemen inzake een mogelijke overtreding van de Landsverordening inzake concurrentie. De FTAC heeft deze aanvraag in behandeling genomen en onderzoek verricht. Dit document is het besluit op de aanvraag van de CBIA.

II. Betrokken partijen

Klager

2. De aanvraag is ingediend door de Curaçao and Bonaire Insurance Association. Volgens haar statuten¹ behartigt de CBIA de algemene belangen van de verzekeringssector op Curaçao en Bonaire en van de leden. Zij bevordert en houdt in stand de goede naam van de verzekeringssector op Curaçao en Bonaire.

Beklaagde

3. Beklaagde in deze zaak is de Vereniging van Medisch Specialisten Curaçao (hierna de “**VMSC**”). Volgens haar statuten² heeft de VMSC onder andere als doel het bevorderen van de geneeskunst en volksgezondheid in Curaçao, het bevorderen van een optimale specialistische behandeling van patiënten in en buiten het ziekenhuis en het behartigen van de belangen van de leden en de leden te vertegenwoordigen tegenover overheidsinstanties, particuliere instellingen en andere derden.

III. Kwalificatie van de aanvraag

4. Artikel 6.1, derde lid, van de Landsverordening inzake concurrentie bepaalt dat een klacht van een *belanghebbende* inzake een mogelijke overtreding door een of meer ondernemingen van het bepaalde bij of krachtens deze landsverordening wordt beschouwd als een aanvraag. Indien een belanghebbende een klacht wil indienen bij de FTAC dient zij de gegevens en bescheiden te verschaffen die nodig zijn voor de beoordeling van de aanvraag en waarover de aanvrager redelijkerwijs de beschikking kan krijgen.³ De FTAC heeft hiertoe het formulier “klacht over mogelijke overtreding kartelverbod of misbruik machtspositie” beschikbaar gesteld ten kantore van de FTAC en op de FTAC-website.⁴

¹ Dossierstuk 2A, artikel 4 van de Statuten van de CBIA dd.7 december 2012/3534/FO/1.

² Dossierstuk 3, artikel 2.1 onder a t/m c van de Statuten van de VMSC dd. 25 februari 2005/ AP 2040529/2041247.

³ Vgl. artikel 4:2 Nederlands Awb.

⁴ Vgl. artikel 4:4 Nederlands Awb.



5. De leden van de VMSC verlenen specialistische medische diensten tegen betaling/vergoeding. De leden van de CBIA zijn afnemers van de diensten van de leden van de VMSC ten behoeve van consumenten met een particuliere ziektekostenverzekering. De CBIA is een vereniging die de algemene belangen van haar leden en de verzekeringssector op Curaçao en Bonaire behartigt. Voor rechtspersonen zoals verenigingen worden als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. Mede gelet op de statutaire doelstelling van de CBIA beschouwt de FTAC de CBIA op deze basis als een belanghebbende in de zin van artikel 1.1, onder b., van de Landsverordening inzake concurrentie.
6. De CBIA heeft op 20 juli 2018 een volledig ingevuld klachtenformulier bij de FTAC ingediend en voldoende relevante gegevens en bescheiden verstrekt. Er is hiermee sprake van een aanvraag in de zin van artikel 6.1, derde lid, van de Landsverordening inzake concurrentie.

IV. Verloop van de procedure

7. De CBIA heeft de FTAC op 30 mei 2018 per brief benaderd. Aanleiding voor de brief was de intrekking van het Landsbesluit houdende Algemene Maatregelen, PB 1986, no. 120, dat de maximumtarieven voor particulier verzekerden regelde voor huisartsen en medisch specialisten. Volgens de CBIA voelde de VMSC zich daarmee vrij om met de CBIA te onderhandelen over een tariefsverhoging voor consulten en medische verrichtingen. De CBIA stelt dat medische tarieven bij Landsbesluit vastgesteld dienen te worden en dat concurrentie daarbij geen rol kan spelen. De CBIA meent dat de FTAC een ontheffing daarvoor zou moeten verlenen conform artikel 3.5, eerste lid van de Landsverordening inzake concurrentie en verneemt graag het standpunt van de FTAC in deze.⁵
8. Naar aanleiding van de brief van 30 mei 2018 heeft de FTAC de CBIA op 11 juni 2018 uitgenodigd ten kantore van de FTAC voor een toelichtingsgesprek.⁶ De CBIA was vertegenwoordigd door mevrouw G. Coco-Libier (voorzitter), mevrouw L. Bermudez (vicevoorzitter) en de heer R.P.J. Liew (secretaris). De CBIA lichtte in dit gesprek toe dat door de intrekking van de regeling, die de tarieven voor particulier verzekerden voor huisartsen en medisch specialisten reguleerde, de CBIA geconfronteerd wordt met prijsafspraken door de medisch specialisten in verenigingsverband. Volgens de CBIA heeft de VMSC collectief besloten de tarieven voor consult te verhogen. De CBIA wil weten of dergelijke afspraken passen binnen het kader van de Landsverordening inzake concurrentie en of eventueel ontheffing van het kartelverbod mogelijk is.
9. De FTAC heeft in dit gesprek een korte toelichting gegeven op het kartelverbod en het verschil tussen een signaal en een klacht bij de FTAC. De FTAC heeft toegelicht dat een collectieve vaststelling van tarieven een concurrentiebeperkend doel of effect kan hebben en daardoor in strijd met de Landsverordening inzake concurrentie kan zijn.
10. Op 25 juni 2018 heeft de FTAC de Minister van Gezondheidszorg, Milieu en Natuur schriftelijk benaderd. Aanleiding voor de FTAC om de Minister te benaderen, was dat de tarieven voor particuliere zorg tot enkele jaren geleden door de Minister op basis van een Landsbesluit werden vastgesteld.⁷ Op 28 juli 2015 is deze tariefregulering ingetrokken.⁸ De Minister is geïnformeerd dat bij afwezigheid van tariefregulering de FTAC op basis van de Landsverordening inzake concurrentie optreedt tegen het collectief vaststellen van prijzen.⁹

⁵ Dossierstuk 1, Brief CBIA aan FTAC dd. 25 mei 2018 ontvangen door de FTAC op 30 mei 2018.

⁶ Dossierstuk 4, eerste gespreksverslag FTAC met CBIA dd. 11 juni 2018.

⁷ Dossierstuk 2B en 2B.1, Landsbesluit houdende Algemene Maatregelen, PB 1986, no. 120.

⁸ Dossierstuk 1A, Landsbesluit d.d. 28 juli 2015, PB 2015, no. 35.

⁹ Dossierstuk 6, Brief FTAC aan Minister GMN dd. 25 juni 2018.



11. Op 25 juni 2018 is naar aanleiding van het toelichtingsgesprek met de CBIA en de door de CBIA verstrekte documentatie¹⁰ de VMSC schriftelijk uitgenodigd¹¹ voor een gesprek op 5 juli 2018 ten kantore van de FTAC. Dit gesprek is uiteindelijk op verzoek van de VMSC verplaatst naar 31 juli 2018.
12. Op 20 juli 2018 heeft de CBIA een klacht ingediend bij de FTAC. Met de klacht vraagt de CBIA of een besluit van de VMSC om collectief de maximumtarieven voor particulier verzekerde patiënten te verhogen in lijn is met de concurrentieregels. Ter ondersteuning van de klacht voegde de CBIA de volgende stukken¹² bij:
 - Statuten CBIA;
 - Landsbesluit houdende Algemene Maatregelen, PB 1986, no. 120;
 - Notulen 19 oktober 2017 vergadering CBIA en VMSC;
 - Brief VMSC aan de CBIA dd. 1 maart 2018;
 - Brief CBIA aan Minister GMN dd. 17 april 2018;
 - Brief VMSC aan de CBIA dd. 28 mei 2018;
 - Tarievenlijst CHV dd. 1 juni 2018;
 - Persbericht CBIA 8 juni 2018 ;
 - Brief CBIA aan Minister GMN 12 juni 2018; en
 - Brief VMSC aan CBIA dd. 16 juli 2018.
13. Op 23 juli 2018 is door de FTAC een ontvangstbevestiging¹³ met betrekking tot de ingediende klacht toegestuurd aan de CBIA.
14. Op 31 juli 2018 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de FTAC en de VMSC ten kantore van de FTAC¹⁴. Het bestuur van de VMSC was vertegenwoordigd door de heer A. Saleh, voorzitter, de heer A. Henriquez, vicevoorzitter en de heer Palm (secretaris). De FTAC heeft tijdens dit overleg aan de vertegenwoordigers van de VMSC de werking van Landsverordening inzake concurrentie, met name het kartelverbod (artikel 3.1) toegelicht. De VMSC bevestigde desgevraagd hun voornemen gezamenlijk hun consulttarieven en tarieven voor klinische opname per 1 september 2018 aan te passen, zoals voorgesteld in hun correspondenties met de CBIA¹⁵.
15. De FTAC en de VMSC zijn tijdens dit overleg overeengekomen dat de VMSC per direct hun leden en de CBIA schriftelijk zal informeren dat de collectieve tariefvaststelling ingetrokken wordt vanwege de inbreuk op de concurrentieregels.
16. De VMSC is tijdens dit overleg ook geïnformeerd dat zij in navolging van de klacht van de CBIA een informatieverzoek zullen ontvangen van de FTAC. Op 31 juli 2018 stuurt de FTAC een informatieverzoek aan de VMSC.¹⁶

¹⁰ Dossierstuk 1A, Landsbesluit d.d. 28 juli 2015, PB 2015, no. 35., brieven dd. 1 maart, Dossierstuk 1B en 28 mei 2018 van de VMSC aan de CBIA, Dossierstuk 1C, email correspondentie dd. 25 april 2018 tussen de heer Lieuw en de heer Saleh, Dossierstuk 1D.

¹¹ Dossierstuk 5, Uitnodigingsbrief dd. 25 juni 2018 FTAC aan VMSC voor gesprek.

¹² Dossierstuk 2, Klachtenformulier dd. 20 juli 2018 met bijlagen 2A t/m 2G.

¹³ Dossierstuk 7, ontvangstbevestiging FTAC aan de CBIA d.d. 23 juli 2018 en Dossierstuk 7.1, email FTAC aan de CBIA dd. 20 juli 2018.

¹⁴ Dossierstuk 8, gespreksverslag d.d. 31 juli 2018 FTAC met VMSC.

¹⁵ Dossierstuk 1B brieven dd. 1 maart, Dossierstuk 1C, 28 mei 2018 en Dossierstuk 2G, 16 juli 2018 van de VMSC aan de CBIA.

¹⁶ Dossierstuk 9, Schriftelijk informatieverzoek dd. 31 juli 2018 FTAC aan VMSC



17. Op 1 augustus 2018 stuurde de VMSC per email¹⁷ een conceptbrief bestemd voor de leden van de VMSC aan de FTAC. De FTAC heeft de conceptbrief per email¹⁸ van 2 augustus 2018 goedgekeurd.
18. Op 15 augustus 2018 heeft de VMSC haar leden per brief¹⁹ geïnformeerd, waarvan de FTAC op 18 augustus 2018 een afschrift heeft ontvangen.
19. Op 5 september 2018 heeft een vervolgesprek plaatsgevonden tussen de FTAC en de CBIA ten kantore van de FTAC. Tijdens dit gesprek is de CBIA geïnformeerd over de behandeling van de klacht. Tijdens het gesprek heeft de FTAC aangegeven dat gezien het feit dat de VMSC de afspraken heeft ingetrokken en dat de CBIA ook door de vereniging geïnformeerd is over deze ontwikkeling, de FTAC de klacht als afgehandeld beschouwd en de procedure dan ook gaat afsluiten.

V. De klacht

20. CBIA heeft een klacht ingediend tegen de VMSC. In haar aanvraag verzoekt de CBIA de FTAC om te onderzoeken of de handelswijze en besluitvorming van de VMSC in overeenstemming zijn met de bepalingen van de Landsverordening inzake concurrentie, meer in het bijzonder hoofdstukken 3 en 4 van deze Landsverordening betreffende beperking van de (vrije) concurrentie en/of machtsmisbruik. Ter onderbouwing van de klacht verwijst de CBIA naar correspondentie²⁰ tussen de VMSC en het bestuur van de CBIA, waarin door de VMSC wordt gecommuniceerd dat de specialisten in verenigingsverband hebben besloten collectief hun maximumtarieven voor consult en klinische opname per 1 september 2018 te gaan verhogen.

VI. Beoordeling

DE MARKT

21. Curaçao kent 115 praktiserende specialisten²¹. Een deel van deze specialisten is vrijgevestigd (67 oftewel 58%) en een deel (48 oftewel 42%) in loondienst. Van de specialisten in loondienst zijn er 44 in dienst bij het SEHOS, 2 bij ADVENT en 2 bij de SGR-groep.
22. De VMSC kent volgens de door de VMSC bij de FTAC aangeleverde ledenlijst 89 leden²², waarvan 82 praktiserende leden en 7 gepensioneerde leden. Van de leden van de VMSC zijn er 57 vrijgevestigd en 25 in loondienst. Alle medische specialismen in Curaçao zijn vertegenwoordigd in de vereniging. VMSC vertegenwoordigt daarmee het overgrote deel van de medisch specialisten in Curaçao.
23. De vrijgevestigde specialisten zijn soms verenigd in een praktijk. Van de 57 vrijgevestigde specialisten zijn er 23 verenigd in 8 verschillende praktijken. In 6 van deze praktijken zijn specialisten van eenzelfde vakgebied verenigd en in 2 praktijken specialisten van diverse vakgebieden. Deze 8 gezamenlijke praktijken betreffen 2 maatschappen²³ en 6 waar de medici doorgaans de faciliteiten delen.
24. Verder zijn de meeste specialismen georganiseerd in vakgroepen. Vakgroepen bestaan uit vrijgevestigde specialisten die toegelaten zijn tot een ziekenhuis en specialisten in loondienst bij een ziekenhuis. Vakgroepen

¹⁷ Dossierstuk 10, emailcorrespondentie dd. 1 augustus 2018 VMSC aan FTAC.

¹⁸ Dossierstuk 10.1, emailcorrespondentie dd. 2 augustus 2018 FTAC aan VMSC.

¹⁹ Dossierstuk 11, brief dd. 15 augustus 2018 VMSC aan leden.

²⁰ Dossierstuk 2, klachtenformulier met bijlagen dossierstukken 2A t/m 2G.

²¹ Dossierstuk 14, Situatieschets SVB van november 2018. Met praktiserende specialisten wordt in dit geval bedoeld specialisten die bij de SVB mogen declareren.

²² Dossierstuk 12, Ledenlijst VMSC.

²³ 4 Nefrologen en 2 Urologen hebben een maatschap.



zijn verantwoordelijk voor overleg over o.a. kwaliteit van de zorg en spoedeisende diensten.

25. De vrijgevestigde specialisten bieden specialistisch zorg aan patiënten tegen betaling. Deze dienst wordt geboden aan patiënten in Curaçao. Voor de meerderheid van de patiënten, verzekerden via de basisverzekering wordt deze dienst, bestaande uit consulten, (klinische) behandelingen en (klinische) verrichtingen, vergoed via de Sociale Verzekeringsbank (hierna: “SVB”). Hier krijgen de specialisten een vaste vergoeding voor, conform de geldende tarieven vastgelegd bij landsbesluit (PB 2001, 100) en verhoogd per 1 januari 2009. Deze tarieven zijn dus gereguleerd en kwamen tot stand in overleg tussen de VMSC, de SVB en de overheid.
26. De leden van de VMSC bieden naast verzekerden met een basisverzekering bij de SVB zorg aan particulier verzekerden aan. Het overgrote deel van deze patiënten is verzekerd via de leden van de CBIA. Tot medio 2015 waren ook deze tarieven bij landsbesluit gereguleerd (PB 1986 no. 120). Het betrof maximale tarieven. Sinds de intrekking van dit Landsbesluit van 6 oktober 1986 (PB 1986 no. 120), dat de maximale medische tarieven voor particulier verzekerden reguleerde, bij Landsbesluit van 28 juli 2015 (PB 2015 no. 35), zijn de leden van de VMSC vrij om zelfstandig tarieven vast te stellen voor de diensten die zij aanbieden aan particulier verzekerden.

JURIDISCH KADER

27. Artikel 3.1 van de Landsverordening inzake concurrentie luidt:
 1. *Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de concurrentie op de Curaçaose markt of een deel daarvan merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst.*
 2. *In strijd met het eerste lid zijn in ieder geval de overeenkomsten tussen concurrenten, besluiten van ondernemersverenigingen waarvan concurrenten deel uitmaken en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van concurrenten die bestaan uit, direct of indirect:*
 - a. *het bepalen van verkoopprijzen of andere verkoopvoorwaarden;*
 - b. *het bepalen van inschrijfprijzen of andere biedingsvoorwaarden in geval van aanbestedingen;*
 - c. *het beperken of controleren van productie of afzet, waaronder gezamenlijke leveringsweigering;*
 - d. *het verdelen van markten.*
 3. *De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn nietig.*

TOEPASSING VAN HET JURIDISCH KADER OP DE ONDERHAVIGE KLACHT

28. Hieronder zal de FTAC beoordelen of de beslissing van de VMSC om de maximumtarieven voor consult en ligdagen van specialisten per 1 september 2018 collectief te verhogen kwalificeert als een besluit van een ondernemersvereniging dat de strekking of het gevolg heeft de concurrentie te beperken als bedoeld in artikel 3.1 van de Landsverordening inzake concurrentie. De FTAC zal achtereenvolgens beoordelen of er sprake is van een (i) ondernemersvereniging; (ii) een besluit; en (iii) of het besluit de strekking of het gevolg heeft de concurrentie op de Curaçaose markt of een deel daarvan merkbaar te verhinderen, beperken of vervalsen.

(i) *De VMSC is een ondernemersvereniging*

29. Het kartelverbod is van toepassing op “ondernemingen” en “ondernemersverenigingen”. De Memorie van Toelichting bij de Landsverordening inzake concurrentie stelt bij dit begrip: “[Het begrip onderneming] is



overgenomen uit het Europese kartelverbod en dient op dezelfde wijze te worden uitgelegd.²⁴ Het is gangbaar bij de bepaling van de toepasselijkheid van concurrentieregels op entiteiten te abstraheren van de juridische context en primair te kijken naar de economische aard van de eenheid. Daarbij wordt sterk gekeken naar zowel de aard van de activiteiten van de eenheid als de omvang ervan.

30. In de Memorie van Toelichting van de Landsverordening inzake concurrentie wordt het begrip ‘economische activiteit’ beschreven als volgt: “voor wat betreft de aard van de activiteiten wordt een economische activiteit doorgaans benaderd als het aanbieden van goederen en/of diensten op een markt. Voor de economische aard is niet relevant welke rechtsvorm de eenheid heeft, hoe deze wordt gefinancierd en of deze een winstoogmerk heeft”.
31. Zowel de vrijgevestigde leden van de VMSC als de leden in loondiensten verrichten een economische activiteit door een dienst te verlenen tegen een vergoeding, in dit geval specialistisch zorg²⁵ aan particulier verzekerden. Dit gebeurt via een ziekenhuis of eigen praktijkruimtes. De vrijgevestigde leden van de VMSC of de economische eenheid waar zij deel van uitmaken zijn daarmee ondernemingen.
32. Nu is vastgesteld dat de leden van de VMSC of de economische eenheden waar zij deel van uit maken ondernemingen zijn is de vervolgvraag of de VMSC een ondernemersvereniging is. Volgens de Memorie van Toelichting bij de Landsverordening is ook dit begrip overgenomen uit het Europese kartelverbod en dient het op dezelfde wijze te worden uitgelegd. Een ondernemersvereniging is elk verband waarin twee of meer ondernemingen zich organiseren. Een dergelijke vereniging behoeft niet de juridische vorm van een vereniging te hebben, maar kan bijvoorbeeld ook een stichting zijn. Een vereniging van vrije beroepsbeoefenaren is ook een ondernemersvereniging. Het juridische karakter is hiervoor niet bepalend. Ook indien de organisatie geen rechtspersoonlijkheid heeft, maar is vormgegeven in slechts een samenwerkingsverband, kan sprake zijn van een ondernemersvereniging in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie.
33. Zoals hierboven beschreven zijn de leden van de VMSC of de economische eenheid waar zij deel van uit maken ondernemingen. Deze ondernemingen zijn georganiseerd via de VMSC. De VMSC is daarmee een ondernemingsvereniging in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie. Het betreft een statutair opgerichte entiteit, door (gedeeltelijk) vrije beroepsbeoefenaren, met actieve leden die inspraak hebben in de besluitvorming.

(ii) *De beslissing om de maximumtarieven te verhogen is een besluit*

34. De volgende vraag is of de maximumtariefvaststelling door de VMSC gekwalificeerd kan worden als een besluit van een ondernemersvereniging. Ook het begrip “besluit van een ondernemersvereniging” is volgens de Memorie van Toelichting bij de Landsverordening overgenomen uit het Europese kartelverbod en dient op dezelfde wijze te worden uitgelegd.
35. Het begrip besluit van een ondernemersvereniging moet volgens de Europese jurisprudentie ruim worden uitgelegd. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dergelijk besluit, dient enerzijds te worden beoordeeld of sprake is van een getrouwe weergave van de wil van de vereniging (doorgaans op basis van (schriftelijke) communicatie door de vereniging) en anderzijds of die wil erop ziet marktgedrag te coördineren. Ten aanzien van dit laatste punt kan doorgaans worden aangenomen dat indien de vereniging zich in haar communicatie uitlaat over de (mogelijke) commerciële beslissingen van de leden, sprake is van

²⁴ Memorie van Toelichting Landsverordening inzake concurrentie, p. 32 en 33.

²⁵ Consulten, klinische opname/behandelingen, klinische operaties en verrichtingen.



een dergelijke wil om te coördineren. Dit leidt ertoe dat niet alleen maatregelen van de vereniging die leden verplichten bepaalde commerciële keuzes te maken onder dit begrip vallen, maar ook advisering omtrent dergelijke beslissingen die eenzelfde coördinerend doel of gevolg hebben.

36. De beslissing van de VMSC om de maximumtarieven voor particulier verzekerden uit 1986 te indexeren en deze in een algemene ledenvergadering²⁶ te ratificeren en deze maximumtarieven schriftelijk vast te leggen en deze mede te delen aan hun afnemer de CBIA als zijnde een finaal besluit van de leden, is een besluit van een ondernemingsvereniging in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie. Er is namelijk sprake van (schriftelijke) communicatie die tot doel had het marktgedrag van de leden van de VMSC te coördineren in de vorm van een maximumprijsvaststelling per categorie consult (eerste, vervolg, spoed) en klinische opnametarieven en per categorie specialisme.

(iii) Het besluit heeft de strekking of het gevolg de concurrentie te beperken

37. De laatste stap is of het besluit van de ondernemersvereniging VMSC de strekking of het gevolg had de concurrentie te beperken.
38. Een specialist die binnen zijn of haar specialisme zich richting potentiële patiënten positief onderscheidt van andere specialisten, op prijs of andere parameters, zoals kwaliteit en bereikbaarheid, kan meer patiënten aantrekken en daarmee meer omzet genereren. Specialisten hebben daarmee een prikkel om zich ten opzichte van patiënten positief te onderscheiden. Op deze wijze concurreren specialisten binnen een specialisme onderling.
39. Specialisten concurreren verder om de gunst van particuliere ziektekostenverzekeraars. Specialisten zijn voor een deel van hun omzet (het deel van de patiënten dat particulier verzekerd is) afhankelijk van een (inkoop)afpraak met een particuliere ziektekostenverzekeraar. Om deze reden hebben zij een prikkel om deze afspraken te maken. De particuliere ziektekostenverzekeraars hebben op hun beurt een prikkel om de specialistische zorg tegen een zo gunstig mogelijke prijs/kwaliteitverhouding in te kopen bij specialisten.
40. Van het merendeel van de specialismen zijn meerdere specialisten actief in Curaçao en is dus concurrentie mogelijk. Voor de specialismen waarbij slechts één specialist in Curaçao actief is bestaat er potentiële concurrentie in mogelijke nieuwe toetreders tot de markt.
41. Het besluit van de VMSC om collectief maximale tarieven per categorie consult (eerste, vervolg, spoed) en klinische opnametarieven en per categorie specialisme vast te stellen, heeft de strekking en het gevolg deze concurrentie te beperken.
42. Ingevolge artikel 3.1, tweede lid onder a van de Landsverordening inzake concurrentie zijn besluiten van ondernemersverenigingen waarin verkoopprijzen of andere verkoopvoorwaarden worden bepaald altijd in strijd met het kartelverbod van artikel 3.1 eerste lid aangezien deze altijd de strekking hebben de concurrentie te beperken.
43. Uit de feiten als hierboven weergegeven blijkt dat de leden van de VMSC in een algemene ledenvergadering in een finaal besluit maximumtarieven heeft vastgesteld en deze als collectieve prijsvaststelling heeft gecommuniceerd aan de in de CBIA verenigde afnemers. Deze collectieve prijsvaststelling betreft een besluit van een ondernemingsvereniging waarmee verkoopprijzen worden bepaald, heeft daarmee de strekking om de concurrentie te beperken en is volgens artikel 3.1 eerste lid in strijd met het kartelverbod.

²⁶ Dossierstuk 1C, Brief dd. 28 mei VMSC aan CBIA.



44. Volgens artikel 3.2 Landsverordening inzake concurrentie is de bagateluitzondering niet van toepassing op afspraken die vallen onder artikel 3.1 tweede lid van de Landsverordening en volgens artikel 3.5 Landsverordening inzake concurrentie is voor deze afspraken geen ontheffing mogelijk.
45. Hier doet niet aan af dat de VMSC de vastgestelde tarieven ‘maximale tarieven’ noemt. De FTAC acht het niet waarschijnlijk dat specialisten in de praktijk concurreren onder de vastgestelde tarieven waarbij de maximumtarieven slechts als plafond dienen. De FTAC baseert zich hierbij mede op het verleden toen volgens de prijsregulering ook maximumtarieven werden vastgesteld. In de praktijk werden deze maximale tarieven als *de facto* vaste tarieven gehanteerd. Nu de VMSC stelt dat de voorgenomen verhoging slechts een inflatiecorrectie was op deze tarieven, was het voornemen van de VMSC kennelijk om deze praktijk voort te zetten.²⁷
46. Het kartelverbod kan niet ontweken worden door het woord ‘maximale’ toe te voegen aan een afspraak of besluit. Bovendien kunnen ook maximale tarieven de strekking of het effect hebben de concurrentie te beperken. Artikel 3.1 lid 2 sub a Landsverordening inzake concurrentie bepaalt dat het bepalen van verkoopprijzen of andere verkoopvoorwaarden door middel van een besluit van een ondernemersvereniging altijd in strijd is met het kartelverbod van artikel 3.1 lid 1 Landsverordening inzake concurrentie. Ook maximale prijzen betreffen “verkoopprijzen of andere verkoopvoorwaarden” en het besluit van de VMSC is daarmee in strijd met het kartelverbod als strekkingsbeding en nietig. Dit geldt des te meer als de praktijk uitwijst dat maximumprijzen als vaste prijzen worden gehanteerd.
47. Overigens zal het besluit tot het vaststellen van maximumtarieven ook het gevolg hebben de concurrentie op de Curaçaose markt te beperken. Maximale prijzen of adviesprijzen kunnen hetzelfde effect hebben als vaste prijzen. Het mogelijke mededingingsrisico van maximum- en adviesprijzen is dat zij als richtpunt gaan werken en door alle of vrijwel alle ondernemingen op de markt worden toegepast. Maximum- en adviesprijzen kunnen ook de concurrentie afzwakken en collusie tussen ondernemingen in de hand kan werken. Hoe meer ondernemingen onder de maximumprijzen vallen, hoe eerder er sprake zal zijn van concurrentiebeperkende effecten.
48. In dit geval is het overgrote deel van de specialisten aangesloten bij de VMSC en is het dus aannemelijk dat de maximumprijzen als richtprijzen zouden gaan dienen en concurrentiebeperkende effecten zouden hebben. Voor specialisten met op dit moment maar een specialist geldt dat het concurrentiebeperkende effect uitgaat op potentiële nieuwe toetreders. Ook is het aannemelijk dat specialisten het als moeilijk ervaren af te wijken van wat hun voorkomt als een geprefereerde prijs voorgesteld door een dermate belangrijke vereniging voor de diensten van specialisten op Curaçao.
49. Het feit dat de prijsvaststelling niet was geëffectueerd en op verzoek van de FTAC op 15 augustus 2018 is ingetrokken, doet ook niet af aan de concurrentiebeperkende strekking van het besluit van de VMSC om de prijzen collectief vast te stellen. Volgens artikel 3.1 lid 1 zijn besluiten van ondernemersverenigingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben de concurrentie te beperken verboden. In het geval van een concurrentiebeperkende strekking is het daarmee niet meer nodig om de eventuele gevolgen of implementatie in ogenschouw te nemen²⁸. Hier komt bij dat volgens artikel 3.1 lid 2 het bepalen van verkoopprijzen “in ieder geval” verboden is, oftewel los van eventuele gevolgen of implementatie. De intrekking van de collectieve prijsvaststelling speelt wel mee in het kader van de wijze van afhandeling van de klacht, zie hieronder onder “Maatregel”.

²⁷ Dossierstuk 1B, brief dd. 1 maart 2018 VMSC aan CBIA en Dossierstuk 1C, Brief dd. 28 mei VMSC aan CBIA.

²⁸ Vgl. e.g. Hof van Justitie EU Zaak 56&58-64 (Consten & Grundig) en Hof van Justitie EU Zaak C-49-92 (Anic), r.o. 123.



VERWEER VAN DE VMSC

50. De VMSC brengt naar voren dat sinds 1986 de tarieven voor specialistisch zorg aan particulieren zijn vastgesteld en nooit meer zijn geïndexeerd. De VMSC geeft aan een lange historie te hebben van ondernomen acties om een tariefaanpassing te bewerkstelligen. Na de intrekking van de regeling tarieven huisartsen en medische specialisten (P.B. 1986, No. 120) dat de hoogte van de medische tarieven voor particulier verzekerde patiënten reguleerde, heeft de VMSC in 2016 een beroep gedaan op de Minister van Economische Ontwikkeling om de tarieven uit bovengenoemd besluit te mogen indexeren. De minister heeft zich in die materie onbevoegd verklaard en de VMSC doorverwezen naar de Minister van Gezondheidszorg, Milieu en Natuur (GMN). De VMSC heeft tot nog toe geen reactie ontvangen van de Minister van GMN. VMSC heeft gemeend om wanorde in de hoogte van de consulttarieven te voorkomen de CBIA benaderd in een poging om overeenstemming te bereiken over de hoogte van de door de medisch specialisten aan de particulier verzekerde patiënt in rekening te brengen consulttarieven en klinische opname tarieven.
51. VMSC meent dat uniformiteit in tarieven duidelijkheid schept voor de patiënt en brengt naar voren de mogelijkheid van een ontheffing en/of vrijstelling in gevolge de Landsverordening inzake concurrentie van de tarievenafspraken.

REACTIE FTAC OP HET VERWEER VAN DE VMSC

Zelfregulering noodzakelijk

52. De VMSC voert aan dat de tarieven voor particulieren in de zorg al 30 jaar zijn gereguleerd en nooit zijn geïndexeerd. De VMSC heeft gemeend, na de intrekking van voornoemd reguleringsbesluit, over te moeten gaan tot het corrigeren van deze maximumtarieven en zelfregulering toe te passen om wanorde in de hoogte van de tarieven te voorkomen.
53. De FTAC stelt vast dat toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg de verantwoordelijkheid zijn van de Minister van Gezondheidszorg, Milieu en Natuur. De Minister is in deze het bevoegd gezag. Alleen het bevoegd gezag heeft de autoriteit om (maximum)tarieven in de zorg te reguleren.
54. De gedragingen van de VMSC zijn terug te voeren op het rechtskader dat sinds 1986 van toepassing is geweest. De FTAC stelt ook vast dat met de intrekking van de landsbesluit van 6 oktober 1986 (PB 1986 no. 120), dat de medische tarieven voor particulier verzekerden reguleerde per Landsbesluit van 28 juli 2015 (PB 2015 no. 35), deze gedragingen krachtens vigerende regelgeving (sinds 2015) niet meer via regelgeving opgelegd zijn. Met andere woorden de leden van de VMSC zijn niet meer gebonden aan uniforme maximumtarieven voor particuliere zorg. De rechter heeft dit ook geoordeeld in een zaak van de VMSC tegen het Land Curaçao²⁹.
55. Vanuit het verleden is de VMSC mogelijk gewend geraakt aan de praktijk om namens haar leden te onderhandelen en dat alle leden eenzelfde tarieven hanteren voor hun diensten. Maar het wettelijke kader hiervoor is komen te vervallen voor particulier verzekerden. Het bevoegd gezag heeft bepaald dat tariefregulering op de markt voor particuliere zorg niet meer van toepassing is. Daarmee zijn de leden van de VMSC vrij om hun eigen tarieven vast te stellen en met elkaar te concurreren. Zij mogen dit zelfs niet meer afstemmen volgens de Landsverordening inzake concurrentie. Elke vorm van prijs afstemming is sinds 1 september 2017 een concurrentiebeperking in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie.

²⁹ Dossierstuk 2C, notulen 19 oktober 2017 vergadering VMSC en CBIA.



Dergelijke afstemming kan ook niet gerechtvaardigd worden vanuit de stelling dat er anders “wanorde” zou optreden, aangezien het aan het bevoegde gezag is om, zo nodig, in te grijpen in de vrije prijsvaststelling.

56. Het merendeel van de leden van de VMSC zijn in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie vrije beroepsbeoefenaren (ondernemers) die een economisch activiteit verrichten middels het bieden van specialistische zorg aan particulier verzekerden tegen een vergoeding. De leden van de VMSC dienen zelfstandig tarieven vast te stellen voor de diensten die zij aanbieden op deze markt. Bijgevolg de activiteiten van de VMSC vallen onder de werking van de Landsverordening.
57. Indien een concurrentieverstorende gedraging bij een nationale wettelijke regeling aan de ondernemingen wordt voorgeschreven, of indien deze wettelijke regeling een rechtskader creëert dat iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag door deze ondernemingen uitsluit, is het kartelverbod van de Landsverordening inzake concurrentie niet van toepassing. Het kartelverbod is echter wél van toepassing indien blijkt dat de nationale wettelijke regeling de mogelijkheid van concurrentie openlaat die door autonome gedragingen van de ondernemingen kan worden verhinderd, beperkt of vervalst ³⁰.
58. In het voornoemd geval is er geen sprake van een nationale wettelijke regeling waarin de prijsvaststelling aan de VMSC wordt voorgeschreven. Prijsregulering heeft alleen een rechtsgeldige basis als deze door het bevoegd gezag volgens de toepasselijke procedure is vastgesteld en gepubliceerd. De mogelijkheid van concurrentie is door de overheid in dit geval opengelaten en de gedraging is daarmee in strijd met de concurrentieregels.

Landsverordening inzake concurrentie en ontheffing en/of vrijstelling van medische tariefafspraken

59. De VMSC meent verder dat de concurrentieregels niet van toepassing zouden moeten zijn op medische tarieven. De FTAC stelt vast dat met de intrekking van het Landsbesluit van 6 oktober 1986 (PB 1986 no. 120), dat de medische tarieven voor particulier verzekerden reguleerde per Landsbesluit van 28 juli 2015 (PB 2015 no. 35), de tarieven voor zorg aan particulier verzekerden aan vrije marktwerking onderhevig zijn. De Landsverordening inzake concurrentie is van toepassing op alle (niet gereguleerde) economische activiteiten op alle markten op Curaçao. De medische sector vormt geen uitzondering. Ingevolge artikel 3.1, tweede lid onder a van de Landsverordening inzake concurrentie zijn besluiten van ondernemersverenigingen waarin verkoopprijzen of andere verkoopvoorwaarden worden bepaald altijd in strijd met het kartelverbod aangezien deze altijd de strekking hebben de concurrentie te beperken. Voor een dergelijke afspraak is volgens artikel 3.5 van de Landsverordening inzake concurrentie geen ontheffing mogelijk.
60. Een vrijstelling volgens artikel 3.13 kan alleen plaatsvinden bij Landsbesluit houdende algemene maatregelen. Dat valt buiten het kader van de bevoegdheden van de FTAC. Met andere woorden de FTAC kan geen vrijstellingen verlenen. Overeenkomsten, besluiten en gedragingen die in aanmerking kunnen komen voor vrijstelling in het kader van artikel 3.13 moeten voldoen aan de voorwaarden voor ontheffing conform artikel 3.5 van de Landsverordening inzake concurrentie.

TUSSENCONCLUSIE BEOORDELING FTAC

61. De FTAC concludeert dat de handelswijze van de VMSC kwalificeert als een besluit van een ondernemersvereniging in strijd met artikel 3.1 lid 2 sub a van de Landsverordening inzake concurrentie. Voor de maximumtariefvaststelling door de medisch specialisten is conform artikel 3.5 en artikel 3.13 van de

³⁰ Vergelijk Hof van Justitie EU 11 november 1997, zaak C-359-95 en C-379-95 (Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing), r.o. 33 en 34.



Landsverordening inzake concurrentie geen ontheffing mogelijk. De FTAC is niet bevoegd vrijstelling te verlenen.

Beoordeling misbruik machtspositie

62. Hoewel klager in haar aanvraag de FTAC verzocht om te onderzoeken of de handelingen van de beklaagde ook niet in strijd zijn met hoofdstuk 4 van de Landsverordening inzake concurrentie, is er geen onderbouwing ingediend voor een mogelijk misbruik van een machtspositie. De door de CBIA aan de FTAC ter onderbouwing van de aanvraag aangeboden documenten bevatte geen aanknopingspunten om dit onderdeel van de aanvraag nader te bestuderen.

VII. De overtreder

63. Overtredingen kunnen blijkens artikel 7.1 lid 3 Landsverordening inzake concurrentie worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. In dit geval wordt de VMSC als overtreder aangemerkt.

VIII. Maatregel

64. In haar aanvraag verzoekt de CBIA de FTAC om te onderzoeken of de handelswijze en besluitvorming van de VMSC in overeenstemming zijn met de bepalingen van de Landsverordening inzake concurrentie, meer in het bijzonder hoofdstukken 3 en 4 van deze Landsverordening met betrekking tot beperking van de (vrije) concurrentie en/of machtsmisbruik. Specifiek verwijst de CBIA naar het besluit tot een collectieve verhoging van maximumtarieven voor leden van de VMSC voor particulier verzekerden per 1 september 2018.
65. De FTAC heeft naar aanleiding van het signaal en later de klacht van de CBIA de handelswijze van de VMSC getoetst op overeenstemming met de regels van de Landsverordening inzake concurrentie. De FTAC is tot de conclusie gekomen dat de handelswijze van de VMSC kwalificeert als een besluit van een ondernemersvereniging in strijd met artikel 3.1 lid 2 sub a van de Landsverordening inzake concurrentie. Voor dit besluit is conform artikel 3.5 Landsverordening inzake concurrentie geen ontheffing mogelijk.
66. De FTAC heeft een verplichting om overtredingen van de Landsverordening inzake concurrentie in beginsel te handhaven. Slechts in bijzondere omstandigheden kan de FTAC weigeren te handhaven, bijvoorbeeld indien er concreet zicht op legalisatie bestaat. In deze zaak heeft de FTAC op 25 juni 2018 de Minister van Gezondheidszorg, Milieu en Natuur geïnformeerd dat bij afwezigheid van tariefregulering de FTAC op basis van de Landsverordening inzake concurrentie optreedt tegen het collectief vaststellen van prijzen.³¹ Aangezien de FTAC geen reactie heeft mogen ontvangen, ziet zij geen aanleiding om te vermoeden dat er concreet zicht is op legalisatie of hernieuwde tariefregulering.
67. De verplichting om overtredingen in beginselen te handhaven laat onverlet dat gezien beperkingen van capaciteit en middelen overheidsorganen prioriteiten mogen stellen. Ook de FTAC ontvangt meer signalen en klachten over mogelijke overtredingen dan zij in de praktijk gelet op haar capaciteit in onderzoek kan nemen. De FTAC heeft ook de vrijheid in de keuze van het instrument voor handhaving, mits het gekozen instrument voldoende effectief is.³²
68. De FTAC overweegt het volgende bij de keuze voor het instrument voor handhaving.

³¹ Dossierstuk 6, Brief FTAC aan Minister GMN dd. 25 juni 2018.

³² Vgl. CbB 15 juni 2011, r.o. 5.6.3.



69. Zoals de FTAC in haar jaarverslag over 2017 heeft gecommuniceerd, stimuleert de FTAC in de beginfase van de concurrentieregels een vrijwillige aanpassing van marktgedrag, waarbij de FTAC aanpassing van het marktgedrag kan faciliteren met guidance. De FTAC kan een mogelijk concurrentieprobleem trachten informeel op te lossen. Bij informele afhandeling maakt de FTAC afspraken met bedrijven of brancheverenigingen om tot gedragsverandering te komen. De FTAC zal deze afspraken monitoren.
70. De Landsverordening inzake concurrentie betreft nieuwe regelgeving waarvan de verboden in werking zijn getreden per 1 september 2017. Aan de andere kant waren de medische tarieven voor particulier verzekerde patiënten tot voor kort juist gereguleerd. Voor het overgrote deel van de tarieven in de zorg geldt nog steeds dat deze gereguleerd zijn middels de basisverzekering waarbij de VMSC in dat verband wel onderhandelt namens haar leden. De VMSC had hierdoor op twee vlakken te maken met veranderde regelgeving en een complexe situatie waarbij over bepaalde tarieven wél en over andere tarieven niet collectief onderhandeld mag worden.
71. Op basis van een gesprek met de FTAC heeft de VMSC op 31 juli 2018 erkend dat haar handelen in strijd is met de Landsverordening inzake concurrentie en was zij bereid om vrijwillig de collectieve tariefstelling in te trekken. De tariefstelling was ook nog niet geëffectueerd.
72. Onder deze omstandigheden acht de FTAC de weg van informele afhandeling het meest gepast om gedragsverandering te bewerkstelligen. De FTAC heeft daartoe de afspraak gemaakt met de VMSC om de collectieve prijsvaststelling in te trekken en ingetrokken te houden. De FTAC zal deze afspraak monitoren en waar nodig handhavend optreden.
73. Voor de keuze van het handhavingsinstrument concludeert de FTAC dat een informele afhandeling het meest gepast is. De FTAC heeft daartoe de afspraak gemaakt met de VMSC om de tariefvaststelling in te trekken en ingetrokken te houden. Indien de VMSC zich niet aan de afspraak blijft houden kan de FTAC conform artikel 7.1 van de Landsverordening inzake concurrentie handhavend optreden en een maatregel opleggen aan de VMSC.

IX. Conclusie

74. De FTAC concludeert dat de beslissing binnen de VMSC om de maximumtarieven voor consulten en klinische opname van medisch specialisten per 1 september 2018 collectief te verhogen, kwalificeert als een besluit van een ondernemersvereniging dat in strijd is met artikel 3.1 lid 2 sub a van de Landsverordening inzake concurrentie. Voor dit besluit is conform artikel 3.5 Landsverordening inzake concurrentie geen ontheffing mogelijk. Voor een beoordeling van mogelijk misbruik van een machtspositie heeft de CBIA onvoldoende aanknopingspunten aangedragen.
75. De FTAC wijst de VMSC aan als overtreder van artikel 3.1 lid 2 sub a van de Landsverordening inzake concurrentie.
76. Voor de keuze van het handhavingsinstrument concludeert de FTAC dat een informele afhandeling het meest gepast is. De FTAC heeft daartoe de afspraak gemaakt met de VMSC om de tariefvaststelling in te trekken en ingetrokken te houden. Indien de VMSC zich niet aan de afspraak blijft houden kan de FTAC conform artikel 7.1 van de Landsverordening inzake concurrentie handhavend optreden en een maatregel opleggen aan de VMSC.
77. De FTAC beschouwt hiermee de aanvraag van de CBIA als afgehandeld.



Willemstad, 13 februari 2019

Fair Trade Authority Curaçao, namens deze:

w.g.

Drs. Alberto Romero
Voorzitter van de Fair Trade Authority Curaçao

RECHTSMIDDELEN:

Tegen deze beschikking kan binnen zes (6) weken na de dag waarop de beschikking is gegeven een bezwaarschrift worden ingediend. Het bezwaarschrift dient onder vermelding van het zaaknummer gestuurd te worden aan:

De Fair Trade Authority Curaçao
Pietermaai 6
Willemstad, Curaçao

In plaats van bezwaar aan te tekenen, kan ook direct beroep worden ingediend bij het Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao. Dit moet binnen zes (6) weken na de dag waarop de beschikking is gegeven worden gedaan. Het beroepsbericht moet in tweevoud worden ingediend bij:

Het Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao
Wilhelminaplein 4
Willemstad, Curaçao